

# REFORMA CONSTITUCIONAL DA CONSTITUIÇÃO

## CONSTITUTIONAL REFORM OF FEDERAL CONSTITUTION

Sérgio Resende de Barros<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Rechtsstaat. 3. A segurança do estado de direito. 4. O desvio para o estado “legal”. 5. O estado de direito versus o estado de legalidade. 6. O rebaixamento da definição do estado de direito. 7. A repercussão nos direitos humanos. 8. Constituinte ou constituído? 9. A garantia conjunta. 10. A garantia certa do direito. 11. O vigor da tradição. 12. O alcance da garantia. 13. A ordem pública. 14. O princípio atual. 15. As regras basilares da irretroatividade. 16. Os graus da retroatividade. 17. As regras das pendências. 18. Um exemplo. Conclusões. Referências.

**Resumo:** O presente trabalho científico busca analisar conceitos e regras que obstaculizam a inconstitucionalidade na produção de emendas constitucionais como forma de proteção e manutenção do Estado Democrático de Direito. Para tanto, discorre-se acerca do Estado de Direito e do Estado de Legalidade para, na sequência, compreender-se o instituto da irretroatividade e seus efeitos na produção de normais legais. Assim, verifica-se, a partir da utilização do método de abordagem indutivo-dedutivo, que o Estado de Direito reveste por escrito a qualidade de Estado Constitucional, razão pela qual qualquer exceção à irretroatividade tem de ser autorizada pela Constituição. Desta forma, no Direito brasileiro, a irretroatividade das leis e os elementos que a concretizam constituem normas do direito intertemporal e por tal característica são consideradas garantias constitucionais que não podem ser quebradas por nenhuma espécie normativa infraconstitucional.

**Palavras-chave:** Constituição Federal. Estado Democrático de Direito. Irretroatividade. Reforma constitucional.

**Abstract:** This scientific paper aims to analyze the concepts and rules that impede the production of unconstitutional amendments in order to protect and maintain the Democratic State of Law. To this end, it studies the Law State and the Legal State to understand that irretroactivity and its effects on production of legal norms. Thus, it is verified, through the method of inductive-deductive approach, that the Law State has the quality of the Constitutional State, which is why any exception to the irretroactivity must be authorized by the Constitution. So, in the Brazilian law, the irretroactivity of laws and the elements that embody rules of law are non-temporal and for this characteristic it is considered as a constitutional guarantee that cannot be broken by any kind of infra constitutional norm.

**Keywords:** Federal Constitution. Democratic State of Law. Irretroactivity. Constitutional reform.

## 1 Introdução

Não raramente, reforma-se inconstitucionalmente a Constituição. Aqui, pretende-se alinhar uma série de noções e regras a fim de corroborar o esforço de evitar inconstitucionalidades na produção de emendas constitucionais, quer aditivas, quer supressivas, quer meramente modificativas. Esse esforço é rigorosamente necessário para a preservação do Estado Democrático de Direito, que é a mais lúdica expressão do Estado de Direito – e, por isso mesmo, deve ser objeto da constante preocupação da doutrina do constitucionalismo. Nesse rumo, há de iniciar-se pela cogitação do próprio princípio histórico da denominação: qual foi o percurso original do termo e da teoria do Estado de Direito?

## 2 Rechtsstaat

O termo Rechtsstaat – em português, Estado de Direito – foi criado na Alemanha. Heuschling afirma que Johann Wilhelm Placidus (ou Johann Wilhelm Petersen) o criou em 1798 na obra *Litteratur*

---

<sup>1</sup> Mestre, doutor e livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP. Professor e coordenador de cursos na Escola Paulista de Direito – EPD. Professor em curso de extensão da Faculdade de Direito da Universidade dos Estudos de Udine, ITÁLIA. Professor em curso de verão da Universidade Internacional Menéndez Pelayo, ESPANHA. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Membro do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

Titular da Cadeira nº 44 da Academia Paulista de Letras Jurídicas. E-mail: [profsrbarros@uol.com.br](mailto:profsrbarros@uol.com.br) Site: [www.srbarros.com.br](http://www.srbarros.com.br).

der Staatslehre. Ein Versuch.<sup>2</sup> Mas Friedrich Auguste Hayek refere o termo a outra origem: teria aparecido pela primeira vez, embora não com a sua acepção posterior, na obra de Karl Theodor Welcker, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, publicada em 1813, na qual se distinguem três tipos de governo: despotismo, teocracia e Rechtsstaat.<sup>3</sup> Esta última referência é noticiada no Brasil por Ferreira Filho, que a dá por pioneira.<sup>4</sup> Mas o pioneirismo alemão foi além do termo, para buscar o conceito por ele expresso.

Nessa busca, o termo Rechtsstaat tornou-se de uso comum na doutrina jurídica alemã na segunda metade do século XIX. Coincidentemente, Der Rechtsstaat foi o título de duas obras: a primeira, de Otto Bähr, em 1864, e a outra, de Rudolf von Gneist, 1872. Mas os primeiros a teorizar a propósito do termo foram o liberal Robert von Mohl, com a obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, em dois volumes publicados em 1832 e 1833, em Tubinga, e o conservador Friedrich Julius Stahl, com *Die Philosophie des Rechts nach Geschichtlicher Ansicht*, em dois volumes publicados em Heidelberg de 1830 a 1837. Sem tardar, outros se aprestaram para seguir na mesma senda. Mas somente “a doutrina se afirmará no fim do século XIX, com os escritos de Gerber, Ihering, Laband, Jellinek, antes de ser desenvolvida em França, notadamente por R. Carré de Malberg e depois por seus discípulos estraburgueses”.<sup>5</sup> É indisputável, pois, a primazia da Alemanha.

As fortes marcas da filosofia e da política alemãs dificultaram o avanço da teoria do Rechtsstaat por entre os franceses. Só a partir do segundo decênio do século XX, quando vieram à luz os manuais de Léon Duguit e Adhémar Esmein, passou a ser cuidada com maior desvelo. Mas foi preciso esperar por Raymond Carré de Malberg, com sua vigorosa Contribuição à teoria geral do Estado, para introduzi-la definitivamente na doutrina francesa, embora, ainda, sob influxo do pensamento alemão, notadamente de Paul Laband, a quem Malberg sucedera na cátedra de direito público em Estrasburgo, após a Primeira Guerra Mundial. Então, o objetivo perseguido foi o “de enquadrar e de limitar o poder do Estado pelo direito; com isso, a teoria do Estado de direito exprime uma vontade de reforço da juridicidade de um Estado inteiramente plasmado no molde do direito.”<sup>6</sup>

Dada à estampa em 1920, a Contribuição à teoria geral do Estado de Malberg deu início a uma franca acolhida do Rechtsstaat pelo direito francês. O que criou condições para a internacionalização. Do francês, *État de droit*, verteu-se Rechtsstaat para os idiomas românicos. Além do português, o espanhol – Estado de derecho – o italiano – Stato di diritto – o romeno – Stat de Drept – e outros. Até em idiomas de linhagem não latina aportou o termo, como no russo: *Prawowoje gosudarstwo*. Mas, não obstante essa disseminação, o esforço de definir não se desconcentrou. Prosseguiu convergindo para o objetivo de sujeitar plenamente o Estado ao direito, mormente porque essa foi a ideia-força com que se superou o Estado absoluto pela raiz, a partir do momento histórico em que se pôs decisivamente a lei no lugar do rei.

Hoje, reina absoluta no direito ocidental – entranhada até na mentalidade popular – a noção de que todos estão submetidos à lei, inclusive os que a fazem em nome de todos. O que se exprime no princípio-arquétipo do Estado de Direito – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – estatuído nesses termos nas constituições republicanas brasileiras, atualmente no inciso I do artigo 1º da Constituição de 1988. Note-se, desde logo, que nesse princípio assim redigido já está latente – insinua-se – a redução do direito à lei na definição do Estado de Direito.

### 3 A segurança do estado de direito

A segurança do Direito principia na segurança dos direitos. Encontra-se na origem histórica e, portanto, no fundamento axiológico do constitucionalismo o princípio de que a sociedade que não garante os direitos não tem constituição.<sup>7</sup> Pode tê-la minúscula, no sentido comum: uma organização qualquer. Mas não a terá na acepção maiúscula – Constituição – em que o constitucionalismo aplica o termo para

Cf. HEUSCHLING, Luc. *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*. Pariz: Dalloz, 2002. p. 1.

<sup>3</sup> Cf. HAYEK, Friedrich Auguste. *Os fundamentos da liberdade*. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983. nota de rodapé 26. p. 239.

<sup>4</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 5.

<sup>5</sup> Cf. CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit*. 2. ed. Paris: Montchrestien, 1994. p. 11. Cf. tb. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. cit. p. 5.

<sup>6</sup> Cf. CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit*. cit. p. 11.

<sup>7</sup> O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 proclama: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.” (Cf. DUGUIT L., MONNIER H., BONNARD R. *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*. 7. ed. por Georges Berlia. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952. p. 3. Traduzi.) Os direitos declarados são os **adquiridos** pelo homem e pelo cidadão em decorrência de sua própria natureza humana ou da legislação do Estado.

denominar aquela especial organização do Estado que evita o absolutismo do poder por sua separação em poderes e assegura os direitos do homem e do cidadão por declaração solene e garantias enérgicas consagradas constitucionalmente. Desse modo, a eficácia da Constituição implica e exige – necessariamente – a segurança dos direitos por ela conformados e, nessa conformidade, adquiridos. Não basta a separação de poderes. Estejam separados como estiverem, mesmo que por outro modo de separar que venha a suprir ou até a superar a separação clássica<sup>8</sup>, todos os poderes do Estado devem garantir os direitos constitucionais, máxime os adquiridos pelos indivíduos em conformidade com a Constituição. Esse princípio constitucional, que vem da origem histórica do próprio constitucionalismo<sup>9</sup>, preserva o Estado de Direito. Eis um motivo – a preservação do Estado de Direito pela Constituição – que aconselha a fixar princípios e regras para assegurar a juridicidade das normas que sobrevêm à Constituição, inclusive as que se destinam a modificá-la..

“Todavia, cumpre advertir que não se deve confundir o advento de uma nova Constituição com a introdução de reformas ou emendas à Constituição atual.” Há diferença essencial entre substituição e reforma. “A substituição de uma Constituição por outra se dá independentemente de norma jurídica.”<sup>10</sup> A reforma, não. Para esta, o direito intertemporal<sup>11</sup> fixa balizas, fora das quais o Estado desvia do direito para a mera legalidade, ou seja, o Estado de Direito se degenera em mero Estado “legal”.

#### 4 O desvio para o estado “legal”

A distinção entre o Estado de Direito e o mero Estado “legal” foi um contributo de Carré de Malberg para a Teoria Geral do Estado e o Direito Constitucional. Em 1920, a sua Contribuição à Teoria Geral do Estado definiu: “O Estado de direito é estabelecido simplesmente e unicamente no interesse e para a salvaguarda dos cidadãos: ele não tende senão a assegurar a proteção do seu direito ou do seu estatuto individual.” Em sentido contrário, “o regime do Estado legal é orientado numa outra direção: ele se prende a uma concepção política que tem relação com a organização fundamental dos poderes, concepção segundo a qual a autoridade administrativa deve, em todos os casos e em todas as matérias, ser subordinada ao órgão legislativo, no sentido de que ela não poderá agir senão em execução ou por permissão de uma lei.” Dessa maneira, “o regime do Estado de Direito é concebido no interesse dos cidadãos e tem por finalidade especial premuni-los e defendê-los contra o arbítrio das autoridades estatais”. Já “o Estado legal tende puramente a assegurar a supremacia da vontade do Corpo legislativo e não implica mais do que a subordinação da administração às leis.” O que faz o Estado legal resultar numa forma de governo incompatível com as garantias individuais. “Assim, desses dois regimes, um não visa senão a prover aos cidadãos certas garantias individuais, que podem se conciliar com todas as formas governamentais; o outro constitui por si mesmo uma forma especial de governo.”<sup>12</sup>

#### 5 O Estado de direito *versus* o estado de legalidade

Haurindo inspiração no que Carré de Malberg chamou de Estado “legal”, é possível usar o termo Estado de Legalidade para designar uma degeneração, hoje muito frequente, do Estado de Direito. De fato, não há confundir o Estado de Direito com o Estado “legal” ou Estado de mera legalidade. É confusão que põe em risco a justa atuação da lei. No mero Estado de Legalidade, a lei é editada e aplicada sem levar em conta o resultado, ou seja, sem considerar se daí resulta uma injusta opressão dos direitos. Impera o legalismo, a forma mais sutil de autoritarismo, na qual o espírito autoritário se encarna na própria lei. O processo legislativo atende à conveniência política do poderoso do momento, quando não é ele mesmo quem edita a norma jurídica, “provisoriamente”. A execução tem de ser a mais rápida possível – imediata. Mas, seja quando for, tem de ser fiel: a lei deve ser cumprida com rigor, à luz de sua

<sup>8</sup> Clássica é a separação de poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, teorizada por Montesquieu no capítulo VI do livro XI da obra “Do espírito das leis”. (Cf. SECONDAT, Charles-Louis de, Barão de la Brède e de MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Texto estabelecido com uma introdução, notas e variantes, por Gonzague Truc. Paris: Éditions Garnier Frères, 1949. tomo I. p. 163 s.)

<sup>9</sup> Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Licitação e contrato: a crise da licitação*. 2. ed. Piracicaba: Editora UNIMEP, 1999. p. 47 s.

<sup>10</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor (Apoio: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 2002. p. 98.

<sup>11</sup> O direito intertemporal, ou transitório, ou de transição, prevê princípios e regras para disciplinar a transição no tempo de uma norma jurídica à que a sucederá, evitando ou resolvendo conflitos de leis nessa evolução.

<sup>12</sup> Cf. MALBERG, Raymond Carré de. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Edição fotomecânica. Paris: Recueil Sirey, 1920. tomo I. p. 490 s.

interpretação literal. Pouco importa o mais. A lei se justifica por si mesma. Tudo, segundo a máxima “lei é lei” e tem de ser cumprida “à risca”.

A lei tem de ser aplicada, sim. Porém, não para degradar os valores da civilização humana, sobretudo o valor da justiça. Sempre é possível ao agente do Estado, na feitura ou na prática da lei, equacionar a norma jurídica com a realidade social para ocasionar uma justa normação ou aplicação do Direito. Nos processos legislativo, administrativo e judicial, pelos quais se elaboram ou se aplicam as leis, a equação com que se trabalha no Estado de Direito não é um binômio, “Estado” e “lei”, como no mero Estado de Legalidade, mas é sempre o trinômio, “Estado”, “lei”, “justiça”, dando por resultado o direito justo, o único que efetiva o Estado de Direito. Isso, porque sempre é possível cumprir a lei de um modo que, pela justiça de sua aplicação, realize o Estado de Direito. E nesse modo, mais do que noutros, cumprir a lei pressupõe respeitar a Constituição, a fim de não resvalar para a desordem ou a tirania.

Comentando a primeira Constituição republicana brasileira, a de 1891, no dispositivo em que proíbe leis retroativas (art. 11, n. 3), já Carlos Maximiliano – e sua famosa *Hermenêutica e aplicação do direito* ainda estava no prelo – advertia: “Legislar para o passado é um abuso de poder que se praticou apenas em épocas de desordem e tirania.”<sup>13</sup> Caso possa a lei nova desconstituir atos perfeitamente constituídos segundo a lei do tempo em que foram concluídos, advirá sem tardança a tirania do governo como causa, seguida da desordem da sociedade como efeito. Uma tal insegurança jurídica, ora maior, ora menor, é congenial ao mero Estado de Legalidade.

## 6 O rebaixamento da definição do estado de direito

Até a positivação das autocracias e das ditaduras passa a ser “direito”, se o direito for o que o Estado põe, como o concebe a ideologia dos juspositivistas. “Fui um crítico exacerbado de Kelsen, ousadamente, até o momento em que verifiquei que há dois Kelsen: o verdadeiro, crítico formal do direito, e aquele em que o transformaram alguns de seus leitores.” Mas, após fazer essa verificação, o próprio Eros Grau flagra o paradoxo presente na realidade histórica do kelsenianismo. “Observo ainda que a construção kelseniana é expressão de uma determinada postura ideológica, erigida desde a visualização da ordem jurídica como um conjunto de normas sancionadas pelo Estado.” Acrescenta, em sintonia com Madrazo: “Essa visualização é consequência ou derivação do liberalismo individualista dominante na política e na economia a partir do século XVIII.” Conclui: “E isso, paradoxalmente, ainda que a teoria kelseniana se preste a justificar qualquer espécie de autoritarismo, na medida em que esvazia o direito de qualquer sentido axiológico.” Arremata, demarcando “o ciclo verdadeiramente trágico experimentado pelos que, vinculados ao ideário do liberalismo econômico e político, são guardiões de uma construção teórica sempre disponível aos autocratas.”<sup>14</sup>

Esse paradoxo ideológico gerando esse ciclo trágico tem sido verificado na prática histórica. Mas, ao fim de tantas comprovações e provações, o século passado findou por dar à doutrina democrática a certeza de que o Direito não se reduz à lei do Estado nos seus processos de expressão e efetivação e que, também, constitui grande inconveniente político apregoar ou, até mesmo, simplesmente admitir tal redução. Esse reducionismo ofende a evidência da prática cotidiana do Direito. Mais ainda, a prática histórica extensamente considerada demonstra que essa redução não apenas bitola e empobrece o Direito, como também – rebaixando a definição jurídica do Estado de Direito para a condição de simples pleonismo<sup>15</sup> – propicia a sua deterioração como fenômeno jurídico-político-social.

É um fato notório – e inevitável – o condicionamento axiológico-social do direito, com reflexo na essência da sua definição, o que impõe à sua ciência – sob pena de falsear a sua realidade – um complexo de perspectivas, entre as quais a sociológica, tornando absurda a redução da sua teoria à pura normação do Estado. “Ao estudioso do direito cumpre também conhecê-lo desde a perspectiva sociológica. E, por outro lado, a ele se impõe recusar as reduções do direito, por exemplo, à ciência da norma, ao procedimento, à tópica.”<sup>16</sup> Porém, mais do que todos, o reducionismo normativista – propiciador do Estado de mera legalidade – tem degradado o direito por afastá-lo de sua dialética real.

<sup>13</sup> Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios á Constituição Brasileira*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor. 1923. p. 234. Atualizei a ortografia do trecho citado.

<sup>14</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressupostos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 27.

<sup>15</sup> O próprio Kelsen reconhece o pleonismo: “Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonismo.” (Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. brasileira. Tradução do alemão *Reine Rechtslehre* por João Baptista Machado. Revisão para a edição brasileira por Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 328.)

<sup>16</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressupostos*. cit. p. 27.

## 7 A repercussão nos direitos humanos

A doutrina não tem deixado de denunciar o reflexo negativo dessa degradação sobre a definição e a proteção dos direitos do homem e do cidadão. “O Estado de Direito, neste século XX, se transformou, para usar a expressão que Carré de Malberg cunhou, num mero Estado Legal. Este, em última análise, recusa a subordinação do Estado a um Direito a ele superior.” Sendo assim, o Estado legal “identifica Direito com o comando do Estado, de tal sorte que os direitos do homem são os direitos que o Estado lhes quiser reconhecer, que as leis são feitas pelo Estado, sendo irrelevante cogitar de seu conteúdo de justiça ou injustiça.”<sup>17</sup>

É contra essa irrelevância que a teoria do Estado de Direito deve acometer, sob pena de ser conivente com o falseamento do seu objeto. Sobretudo, quando elaborada pelos constitucionalistas, deve discernir entre o Estado de Direito e o mero Estado de Legalidade, levando em conta e destacando, entre os critérios e fatores da justiça, a garantia constitucional dos direitos humanos fundamentais – não só daqueles individuais, mas de todas as gerações de direitos que lhes sucederam.<sup>18</sup>

Eis outro motivo – a proteção dos direitos humanos pela garantia constitucional – que reclama ancorar no direito constitucional o direito intertemporal. A elaboração e a aplicação de reformas constitucionais (previdenciária, judiciária, tributária, política ou qualquer outra) deverão ser feitas sem quebrar o Estado de Direito. Esse comando está implícito no artigo 1º da Constituição, que afirma constituir a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito.

Ademais, o Constituinte incluiu as garantias individuais no cerne da Constituição (inc. IV, § 4º, art. 60). Ora, a irretroatividade é também uma garantia individual. Logo, golpear direitos constitucionalmente adquiridos é ferir a Constituição em seu cerne, ainda que a título de emendá-la. Pelo que, devendo a emenda manter a constitucionalidade, não se pode equiparar o poder de emendar ao de constituir. Aquele só produz normas constitucionais por delegação deste. Não pode violar as garantias constitucionais por este postas, entre as quais, a irretroatividade das leis.

## 8 Constituinte ou constituído?

As normas constitucionais são originárias ou derivadas. As primeiras são as elaboradas pelo Poder Constituinte. As segundas são originadas das primeiras para reformá-las. Devem segui-las não só no curso do tempo, mas também no percurso de sua elaboração. As originárias dispõem “ex novo”. As reformadoras, “ex positis”. A reforma, como vem depois de positivado o direito constitucional, percorre um procedimento de direito, instituído na origem da Constituição para permitir reformá-la sem deformá-la, o que implica obedecê-la. Por isso, mesmo que se admita existir aí um poder, esse poder de reforma não é constituinte, mas constituído: introduz normas na Constituição por delegação do Poder Constituinte. Mera delegação, que não faculta ir além do que foi delegado.

Não existe entre nós poder constituinte de reforma. Ao originar a Constituição, prevendo inevitável a necessidade de modificá-la, o Poder Constituinte delega ao Congresso Nacional (e não a si próprio, pois não existe delegação a si mesmo) a tarefa de emendá-la mediante procedimento especial. Tanto, que a emenda está inserida no Processo Legislativo (Constituição Federal, art. 59). A doutrina é que, indo além da realidade, transformou esse procedimento em poder constituinte constituído: uma absurda contradição de termos e de conceitos, que gera confusão entre a Constituição e a sua reforma.

O Congresso Nacional, ao emendar a Constituição, não age como assembléia constituinte, mas como órgão constituído, integrado na Constituição do Estado. Não pode quebrá-la, sob pena de perder a legitimidade para emendá-la. Tal poder de emenda não é poder constituinte, mas constituído: nada constitui por força própria, em nome próprio, mas apenas age por força e em nome do Poder Constituinte que o originou no texto da Constituição, de cuja normação não pode escapar, a não ser inconstitucionalmente. A emenda, como qualquer espécie normativa elaborada infraconstitucionalmente, deve manter a constitucionalidade, da qual um dos princípios é a irretroatividade das leis, consubstanciada no respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

<sup>17</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 39.

<sup>18</sup> Sobre gerações de direitos, ver: BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. *passim*. No “site” [www.srbarros.com.br](http://www.srbarros.com.br) o artigo “Gerações de Direitos” e a aula universitária “Noções sobre Gerações de Direitos”.

## 9 A garantia conjunta

Entre esses três elementos garantidos há íntima correlação. Formam uma garantia conjunta ou um conjunto de garantia, em que o direito adquirido depende ou resulta da perfeição de um ato jurídico ou do julgamento definitivo de uma coisa. Qualquer relativização de um julgamento feito ou de um ato jurídico praticado acarreta efeitos sobre os direitos daí decorrentes. Mas, adquirido o direito, não se admite essa relativização, exceto para corrigir absurdos notórios, que não são próprios do Estado de Direito, mas do Estado de Legalidade, que com este não se confunde. Se a aquisição deriva de ato jurídico aparentemente perfeito, mas realmente imperfeito, ou de coisa julgada inconstitucional<sup>19</sup> ou ilegal, não há direito adquirido, mesmo que se diga “adquirido”.

Enquadram-se nessa hipótese certos atos jurídicos (amiúde, atos administrativos) de efeito personalíssimo, constituindo verdadeiros privilégios individuais, quase sempre provindos de leis de aparência geral, mas de efeito singular, nas quais só falta carimbar o nome ou colar a fotografia do beneficiado. Exemplo: as hiperaposentadorias. Assim se dizem aposentadorias notoriamente hipertrofiadas por remunerações altíssimas, derivadas de leis ad hoc. Brinda-se o felizardo com proventos dilatados extraordinariamente, que vão muito além dos que recebem os titulares dos três Poderes maiores do Estado. A certeza do direito não se confunde com o abuso do direito. A lei ad hoc redundando em abuso de direito. Como abuso de direito não gera direito adquirido, o quanto foi assim “adquirido” é passível de revisão. Em suma, o direito adquirido é certo não só em sua existência, mas também em sua origem. Existe certamente porque foi adquirido certamente.

## 10 A garantia certa do direito

A certeza do direito – e não apenas a mera implicância entre esses três elementos – é que autoriza sumarizar no direito adquirido a essência da garantia de irretroatividade. “Em suma, o limite do efeito imediato é o Direito Adquirido em sentido amplo, de modo a abranger as outras duas noções, de ato jurídico perfeito e de coisa julgada.”<sup>20</sup> Não resta dúvida de que o direito adquirido sumariza a essência da garantia de irretroatividade.

Foi para completar uma evolução iniciada no direito romano que esses três elementos – direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada – vieram a ser enunciados com o fim de impor marcas mais concretas para dar alcance mais efetivo à ideia de não retroatividade da lei e, com isso, emprestar mais certeza aos próprios direitos adquiridos. Regras mais antigas, como *leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari*<sup>21</sup>, foram confirmadas por princípios mais recentes, como *tempus regit actum e lex prospicit, non respicit*<sup>22</sup>. Sempre, reiterando a irretroatividade. Ante essa reiteração, Gabba, tratadista maior do tema, certifica que desde os romanos “a verdadeira razão e o verdadeiro limite da retroatividade das leis consiste, unicamente, no respeito aos direitos adquiridos”.<sup>23</sup>

## 11 O vigor da tradição

No Brasil, a irretroatividade das leis é uma vigorosa tradição histórica, que teve origem no próprio surgimento constitucional do Estado brasileiro. A Constituição do Império (art. 179, III) já proibiu leis retroativas. Igualmente, a da primeira República (art. 11, 3º). Nasceu daí uma constante do constitucionalismo brasileiro. Somente “a Carta Política de 1937 retirou o *status* constitucional do princípio”. Mas “é compreensível que isto tenha ocorrido, dado que a Carta de 1937 simplesmente deu

---

<sup>19</sup> Sobre a coisa julgada inconstitucional, ver os estudos de Carlos Valder do Nascimento, Cândido Rangel Dinamarco, José Augusto Delgado, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, in NASCIMENTO, Carlos Valder, coord. *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

<sup>20</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982. p. 202.

<sup>21</sup> Traduz-se: “O certo é as leis e as constituições darem forma aos negócios futuros e não serem dirigidas aos fatos pretéritos” (Código de Justiniano, L. 1º, tít. 14, n. 7).

<sup>22</sup> Traduz-se: “o tempo rege o ato” e “a lei olha para a frente, não olha para trás”.

<sup>23</sup> *Apud* BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil*. 6 vol. 7. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1944. vol. I, p. 99.

forma jurídica à ditadura do Estado Novo.”<sup>24</sup> Essa constância constitucional fortalece o princípio da irretroatividade no Brasil, bem mais do que naqueles países em que ele é apenas preceito de direito civil ou de doutrina.

No entanto, apesar de vestir traje constitucional desde a origem do Estado brasileiro, a irretroatividade era entre nós, inicialmente, um princípio vago e geral, que cumpria delimitar para efetivar. É o que bem aponta Clóvis Bevilacqua: “O que convinha era determinar o conteúdo do princípio, a sua extensão e a sua finalidade.”<sup>25</sup> A Constituição de 1934 fez a determinação: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art.113, nº 3).

A Carta de 1937 olvidou esse preceito. Ele não convém ao autoritarismo. Por isso, quando em 1942 Vargas baixou um decreto-lei<sup>26</sup> para substituir a lei original de introdução ao Código Civil, aí fez ressalva autoritária que permitia abolir o direito adquirido mediante disposição expressa. Firmando-se na ideia de situação jurídica, na realidade infirmou o direito adquirido, no artigo 6º: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito.” A serviço do autoritarismo, a lei e até decreto-lei ou medida provisória podem desconstruir um direito adquirido por ato jurídico perfeito ou coisa julgada. Contra essa prepotência esses três elementos – direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada – readquiriram o *status* de garantia constitucional em 1946. Não mais o perderam. Exceto sob o recente regime militar instaurado em 1964, em cujos atos institucionais e complementares se quebrou o princípio da irretroatividade das leis.

## 12 O alcance da garantia

O fato de ter sido excepcionada apenas por regimes autoritários só fez por realçar, pelo contraste, a boa têmpora da tradição brasileira. Assim tradicional no Brasil, a irretroação das normas no tempo é o alicerce constitucional do direito intertemporal. Ainda mais, por ser “uma regra de direito universal”<sup>27</sup>. Universal, alcança até as normas reformadoras da Constituição, cujos efeitos limita: não retroajam. Hoje, esse limite-garantia se estampa no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” – reproduzindo como princípio constitucional a regra ora vigente no *caput* do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

O direito comparado ensina: “Em quase todos os países o princípio da irretroatividade apenas se encontra na doutrina e nas leis ordinárias” e “constitui um ensinamento para o legislador, porém só obriga o Poder Judiciário ao interpretar e aplicar os textos”. França, Itália, Espanha, Portugal não conferem *status* constitucional à irretroatividade. Mas o direito norte-americano, o mexicano, o norueguês e o brasileiro erigem em princípio constitucional a proibição de fazer retroagir no tempo a lei nova. Daí, uma altanaria especial: “no Brasil e nos Estados Unidos paira mais alto o postulado: na própria Constituição Federal. De lá ele domina, soberano, todos os poderes, tanto da União como dos Estados.” O que causa, inegavelmente, um efeito de alcance total. “Não se admitem leis, regulamentos, decretos, portarias, nem interpretações judiciais de textos, com efeito retroativo.” É, também, efeito radical. “As transgressões do preceito incorrem em nulidade de pleno direito, absoluta, insanável.”<sup>28</sup>

No Brasil, a norma de irretroatividade – concretizada no respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada e sumariada no direito adquirido – não é lei ordinária, que se impõe ao Judiciário, podendo ser reformada pelo Legislativo ou por medida provisória. É norma constitucional. Recai sobre todo o direito elaborado nos níveis infraconstitucionais, a começar das espécies normativas primárias – encabeçadas pela emenda à Constituição – arroladas no artigo 59 da Constituição Federal, mesmo quando versem a ordem pública.

## 13 A ordem pública

<sup>24</sup> Cf. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O princípio da irretroatividade da lei tributária*. in REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO PÚBLICO. 15/1996. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 1996. p. 16.

<sup>25</sup> Cf. BEVILAQUA, Clóvis. *Código...* op. cit. p. 99.

<sup>26</sup> Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Publicado no Diário Oficial da União de 9 de setembro. Retificado em 17 de setembro. Entrou em vigor em 24 de outubro *ex vi* do Decreto-lei n. 4.707, de 17 de setembro do mesmo ano. Anexado ao Código Civil como lei que o introduz, contém princípios basilares que se estendem às demais leis, pelo que é materialmente constitucional.

<sup>27</sup> Cf. BEVILAQUA, Clóvis. *Código...* idem.

<sup>28</sup> Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios á Constituição Brasileira*. op. cit. p. 234. Atualizei ortografia.

Nesse *status* constitucional está a chave que – a partir de um antológico voto de Moreira Alves – fechou as portas da jurisprudência para a tese de que o direito adquirido não prevalece contra as leis de ordem pública.<sup>29</sup> Citando Paul Roubier, clássico do direito intertemporal, o voto esclareceu que “a ideia de ordem pública não pode ser posta em oposição ao princípio da não retroatividade da lei, pelo motivo decisivo de que, numa ordem jurídica fundada na lei, a não retroatividade das leis é ela mesma uma das colunas de ordem pública”, de modo que “a lei retroativa é, em princípio, contrária à ordem pública”.<sup>30</sup>

Outros somam no mesmo sentido. “A retroatividade das normas de Direito Público hoje constitui um princípio abandonado.”<sup>31</sup> Além de ser difícil discriminar o que é de ordem pública e o que é de ordem privada, “seria altamente perigoso proclamar como verdade que as leis de ordem pública ou de direito público têm efeito retroativo, porque mesmo diante dessas leis aparecem algumas vezes direitos adquiridos, que a justiça não permite que sejam desconhecidos e apagados.” Ademais, “a lei não deve retroagir, porque a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade, no dizer de Gabba, é também um forte motivo de interesse público.”<sup>32</sup>

De mais a mais, efeito imediato não se confunde com retroação. Nenhuma lei precisa retroagir para ter efeito imediato. Olhando, por exemplo, para as regras de direito administrativo, direito processual e organização judiciária, vê-se que “tais regras jurídicas não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam desde logo. O efeito, que se lhes reconhece, é normal, o efeito no presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo, que é anormal.”<sup>33</sup> Não resta dúvida, pois, para a doutrina. O princípio da irretroatividade incide até na ordem pública, porque ele é uma das colunas que sustentam a ordem pública.

## 14 O princípio atual

O princípio atual – inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal – afeta todos os Poderes constituídos. Porém, antes dos demais, o Congresso Nacional, ao dizer que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Aí “lei” tem sentido estrito? Abrange somente leis complementares, ordinárias, delegadas, em suma, as leis? Não. Essa garantia – exatamente por ser constitucional – alcança todas as normas elaboradas sob o império da Constituição, a principiar pelas espécies normativas primárias arroladas no artigo 59, entre as quais a Constituição inclui as emendas a si própria. Todas as espécies aí tratadas estão compreendidas no processo legislativo realizado sob o comando da Constituição e, por isso, ficam igualmente submetidas às garantias constitucionais, entre as quais pontifica a irretroatividade. Por conseguinte, não se pode fazer por emenda constitucional o que não se pode fazer por lei. Por exemplo, se é inconstitucional instituir a tributação dos inativos por lei, também o será por emenda constitucional. Pudessem qualquer espécie infraconstitucional subverter as garantias constitucionais, então se instauraria o caos jurídico dentro da Constituição. De mais a mais, poder de reforma não é Poder Constituinte, como já se mostrou.

## 15 As regras basilares da irretroatividade

Firmados tais princípios, a eles sobrevêm regras para solver conflitos intertemporais. “As leis, desde o momento em que se tornam obrigatórias, põem-se em conflito com as que, anteriormente, regulavam a matéria, de que elas se ocupam, regulando-a por outro modo. É o conflito das leis no tempo,

<sup>29</sup> Maximiliano especifica as principais leis de ordem pública. (Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 216 s.)

<sup>30</sup> Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493-DF em sessão plenária (cf. R.T.J.–143, p. 724 *usque* 815). Este voto tem norteado o Supremo Tribunal Federal no tocante à irretroatividade das leis. Como disse Carlos Velloso, trata-se de “um magnífico acórdão do Supremo Tribunal Federal, de que foi Relator o Ministro Moreira Alves (Adin 493-DF, em “DJ” de 4.9.92), em que o tema foi extensamente debatido.”

<sup>31</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946. p. 327.)

<sup>32</sup> PORCHAT, Reynaldo. *Curso elementar de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Companhia Melhoramentos de São Paulo, 1937. vol. I. p. 129.

<sup>33</sup> Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. tomo V. p. 99. O grifo é do autor.



que se resolve pelo princípio da não retroatividade e pelas regras do direito intertemporal.”<sup>34</sup> Cumpre, pois, fixar tais regras.

Em referência ao momento em que uma norma entra em vigor, os fatos ficam em três categorias temporais: os que já estão passados, os que ainda estão passando, os que ainda não começaram a passar. A doutrina, afeita ao latim, chama *facta praeterita* os fatos anteriores, *facta pendentia* os contemporâneos e *facta futura* os posteriores à incidência da norma. Dadas essas categorias, o princípio da irretroatividade elucida que os *facta praeterita* estão plenamente fora e os *facta futura* plenamente dentro do campo de incidência da reforma, ao passo que os *facta pendentia* estão parcialmente fora e parcialmente dentro desse campo. Daí, a regra geral: a reforma não atinge em nada os fatos passados, atinge em tudo os futuros e em parte os pendentes.

Há pouco a discutir quanto a fatos passados e futuros. Os futuros são colhidos plenamente pela reforma. Os passados não o são em nada. Daí, uma regra especial: os fatos passados e os futuros são regidos pela lei do tempo em que sejam praticados. O tempo rege o ato: *tempus regit actum*. Exceções a essa norma têm de ser autorizadas especificamente pelo ordenamento superior, sob pena de violar a ordem jurídica e contrariar a ordem pública. Só excepcionalmente a lei pode retroagir.<sup>35</sup> Se o Estado de Direito reveste por escrito a qualidade de Estado Constitucional, qualquer exceção à irretroatividade tem de ser autorizada pela Constituição. No Brasil, a exceção é a lei penal benéfica (CF, art. 5º, inc. XL). Fora dessa hipótese, a retroatividade resta proibida em qualquer de seus graus.

## 16 Os graus da retroatividade

Matos Peixoto – após explicar que as leis retroativas voltam no tempo para alcançar “fatos pretéritos ou os seus efeitos” – aduz que “a força retroativa da lei não tem sempre a mesma intensidade”. Há três graus de retroatividade: máxima, média e mínima. “Dá-se a retroatividade máxima, também chamada restitutória, quando a lei nova prejudica a coisa julgada (sentença irrecorrível) ou os fatos jurídicos já consumados.” Exemplo é “a lei canônica que aboliu a usura e obrigava o credor solvável a restituir ao devedor, aos seus herdeiros ou, na falta destes, aos pobres os juros já recebidos.” Menos radical, “a retroatividade é média, quando a lei nova atinge as prestações exigíveis mas não cumpridas antes da sua vigência. Exemplo: uma lei que diminuísse a taxa de juros e se aplicasse aos já vencidos mas não pagos.” E “a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor.” Aqui, é exemplo “a constituição de Justiniano que limitou a 6% em geral, após a sua vigência, a taxa de juros dos contratos anteriores.”<sup>36</sup>

O Estado Constitucional brasileiro afasta a retroação em todos esses graus. “Nenhuma dessas retroatividades a Constituição brasileira permite.”<sup>37</sup> Reiterando: “Na ordem jurídica brasileira, em que o princípio da irretroatividade, associado ao do direito adquirido, é tratado em nível constitucional, desde a Constituição do Império – somente a Carta de 1937, que deu forma à ditadura estadonovista, é que, compreensivelmente, não cuidou do tema – nenhuma das irretroatividades acima indicadas – máxima, média e mínima – é tolerada.”<sup>38</sup> Deve ser afastada até a retroação mínima ou mitigada aceita por doutrinas realmente alheias ao entendimento tradicional no Brasil, como as de Planiol e Roubier. “Essas colocações são manifestamente equivocadas, pois dúvida não há de que, se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.”<sup>39</sup>

<sup>34</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Atualizada por Achilles Bevilaqua e Isaías Bevilaqua. 7 ed. São Paulo, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. p. 17.

<sup>35</sup> Tal, como explica o mencionado voto de Moreira Alves. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493-DF (cf. R.T.J.–143, p. 746; cf. tb. DJ de 4.9.92).

<sup>36</sup> Cf. PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*. tomo I. Partes introdutória e geral. Rio de Janeiro: Companhia Editora Fortaleza, 1950. p. 199 s.

<sup>37</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. loc. cit. p. 18.

<sup>38</sup> Manifestação de Ilmar Galvão no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493-DF pelo Supremo Tribunal Federal em sessão plenária (cf. R.T.J.–143, p. 784; cf. tb. DJ de 4.9.92).

<sup>39</sup> Manifestação de Moreira Alves no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493-DF pelo Supremo Tribunal Federal em sessão plenária (cf. R.T.J.–143, p. 745; cf. tb. DJ de 4.9.92).

Isso não impede dúvidas sobre qual parte de um fato que esteja passando – um *factum pendens* que é um *factum continuum* – já tenha passado e, por isso, gerou direito adquirido em relação à reforma. Daí, a pergunta: quais são as regras das pendências?

## 17 As regras das pendências

No momento em que incide a reforma, entre os *facta pendentia* (fatos pendentes) estão os *iura pendentia* (direitos pendentes). Tais pendências jurídicas resultam em duas categorias: *iura pendentia acquisitione* (direitos pendentes de aquisição) e *iura pendentia exercitatione* (direitos pendentes de exercitação).

Na primeira categoria, os direitos ainda dependem de aquisição por inadimplemento de alguma condição aquisitiva. Aqui, a reforma atingirá diretamente a causa de aquisição do direito e, no quanto atingir, modificará as condições aquisitivas, para melhor ou pior. Mas só atingirá o quanto não foi ainda adquirido. Se a condição aquisitiva for ato ou fato contínuo (*actum vel factum continuum*), como o exercício de cargo ou função ou a prática constante de uma atividade, a parte já transcorrida não será afetada pela lei nova, sob pena de retroação inconstitucional. Por isso, o aumento da idade ou do tempo de exercício para aposentar-se exige normas transitórias proporcionais – indispensáveis – como as da Emenda Constitucional n. 20, de 1998. É o “pedágio” a ser “pago” para passar de um regime previdenciário ao outro. Sempre que não respeitar assim a parte já percorrida na via de aquisição do direito, a reforma será inconstitucional nessa parte.

Na segunda categoria, os direitos só dependem de serem exercitados (realizados e exercidos) pelo titular que os adquiriu ou por representante ou sucessor. O direito está adquirido. Estão implementadas todas as suas condições aquisitivas. Apenas ainda não foi exercitado. Mas a sua execução e o seu exercício estão compreendidos na sua aquisição, sob pena de ser adquirida uma coisa e recebida outra, o que seria fraude do próprio Direito. Daí, outra regra especial: no caso dos *facta pendentia exercitatione*, o direito está adquirido em todas as suas condições e, quando vier a ser realizado e exercido, deverá manter consonância com as condições de sua aquisição.

## 18 Um exemplo

A reforma previdenciária de 2003 serve de exemplo para fazer-se uma aplicação prática de tais regras. Em qualquer hipótese semelhante, como nesta que se põe em foco, o que se considera adquirido não é o direito à aposentadoria em si mesma, em abstrato, em quaisquer condições, mas o direito a uma aposentadoria em concreto, nas condições qualitativas e quantitativas que determinaram sua aquisição. Nestas condições ela foi adquirida e, portanto, deve ser exercida, sob pena de fraudar o direito. Todo direito é adquirido numa situação concreta e não em abstrato. O que está adquirido em cada caso é o que se adquire naquele caso, nas condições em que se adquiriu. Alterá-las implica inovar um direito já suficientemente aperfeiçoado, o que só se admite no caso de uma *lex melior*, pois a lei melhor o aperfeiçoará ainda mais. Agiu corretamente, portanto, a reforma de 2003, quando atenta ao direito adquirido e ao interesse público bonificou os servidores que se mantenham em atividade, embora aptos a aposentar. Mas não teve igual correção ao reduzir a aposentadoria dos inativos a título de tributação, porque também a lei tributária está sujeita ao direito adquirido, não o podendo deprimir qualitativa ou quantitativamente.

Não há comparar essa redução de caráter específico, cuja incidência *post factum* atinge só aqueles que já estão exercendo o direito adquirido, com a imposição a todas as pessoas de tributos de caráter geral, como o de renda. Falso, portanto, o argumento que se apóia nessa comparação para justificar a tributação dos inativos. Ainda mais porque agride a isonomia. Realmente, tal tributação, além de alterar o direito adquirido, é discriminatória contra aqueles que o adquiriram. Ela rompe a isonomia.

Igualmente fere o princípio da isonomia a variação do teto de remuneração no mesmo nível federativo em prejuízo dos servidores de um Poder. Mesmo se alegada uma colisão de princípios, não

significa razoabilidade, mas mera prepotência privilegiar o princípio da independência dos Poderes sobre o da isonomia da lei para rebaixar alguns servidores dentre os que servem de modo igual ao mesmo Estado nos seus Poderes no mesmo nível federativo. O que vale para o todo não vale para as partes no que elas são iguais? É lógico que sim.

Enfim, cabe à jurisprudência suprir a falta de normas transitórias na reforma previdenciária de 2003, se o legislador ordinário ficar inerte. As condições já implementadas para a aquisição do direito devem ser respeitadas, sem prejuízo dos efeitos que delas resultem. Tais condições, se o direito se enquadrar na categoria dos *facta pendentia acquisitione*, devem ser acatadas, pois ele só não estará adquirido relativa e proporcionalmente às condições pendentes. As condições satisfeitas, requisitos já atendidos, constituem *facta praeterita* ou, ao menos, *facta pendentia exercitatione*, mesmo se o direito depender de condição ou termo prefixado para ser exercitado.

## Conclusões

As conclusões abrangem o princípio e duas regras: uma geral e outra especial.

Princípio: a irretroatividade das leis e os elementos que a concretizam – o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada – constituem normas do direito intertemporal e, no Brasil, garantias constitucionais que não podem ser quebradas por nenhuma espécie normativa infraconstitucional, nem sequer por emenda constitucional, pois fazem parte do cerne da Constituição, nos termos do art. 60, § 4º, inc. IV.

Regra geral: a reforma tem efeito imediato a partir do momento em que entrar em vigor e, tendo por referência esse momento, não atinge em nada os fatos passados, atinge em tudo os fatos futuros, atinge em parte os fatos pendentes.

Regra especial: no momento em que a reforma os atingir, os direitos que sejam fatos pendentes (*iura pendentia*) podem depender de aquisição (*iura pendentia acquisitione*) por estar insatisfeita alguma condição aquisitiva e, neste caso, as condições já satisfeitas têm de ser respeitadas e, para isso, são indispensáveis normas proporcionais de transição; mas, se os direitos já estiverem adquiridos, mesmo se dependerem de realização ou de exercício (*iura pendentia exercitatione*), devem ser exercitados nas mesmas condições em que foram adquiridos, não se admitindo nenhuma forma de retroatividade, nem a média, nem a mínima.

## Referências

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. **Licitação e contrato: a crise da licitação**. 2. ed. Piracicaba: Editora UNIMEP, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Atualizada por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. 7. ed. São Paulo, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. 6 vol. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944.

CHEVALLIER, Jacques. **L'État de droit**. 2. ed. Paris: Montchrestien, 1994.

DUGUIT L., MONNIER H., BONNARD R. **Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789**. 7. ed. por Georges Berlia. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressupostos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

HAYEK, Friedrich Auguste. **Os fundamentos da liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

HEUSCHLING, Luc. **État de droit, Rechtsstaat, Rule of law**. Pariz: Dalloz, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. brasileira. Tradução do alemão Reine Rechtslehre por João Baptista Machado. Revisão para a edição brasileira por Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MALBERG, Raymond Carré de. **Contribution a la théorie générale de l'État**. 2 tomos. Edição fotomecânica. Paris: Recueil Sirey, 1920.

MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios á Constituição Brasileira**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor. 1923.

\_\_\_\_\_. **Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. São Paulo: Freitas Bastos, 1946.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda n. 1 de 1969**. 6 tomos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NASCIMENTO, Carlos Valder, coordenador. **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Curso de direito romano**. tomo I. Partes introdutória e geral. Rio de Janeiro: Companhia Editora Fortaleza, 1950.

PORCHAT, Reynaldo. **Curso elementar de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Companhia Melhoramentos de São Paulo, 1937.